

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



# La Inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004

---

¿Es posible combatir la violencia de género sin  
que se vea afectado el derecho a la igualdad?

**Miguel Ángel Luque De Gregorio**

10/02/2016

Trabajo de Fin de Máster  
Máster de Acceso a la Profesión de Abogado  
Departamento de Derecho Constitucional  
**Coordinador:** Ignacio Torres-Muro

**Tribunal Evaluador:**  
Silverio Fernández Polanco  
Rafael Rubio Núñez  
Gonzalo Martos Martínez

**Calificación:** 9.5 Matrícula de Honor

## **RESUMEN**

En enero del año 2004, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad la **Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género**. Ningún partido con representación política en el año 2004 quiso quedarse fuera a la hora de apoyar una norma especialmente demandada por la ciudadanía ante la realidad social: 84 mujeres asesinadas a manos de sus parejas o ex parejas en el año 2004. Sin embargo, el tiempo ha demostrado que la Ley Integral no sólo no ha sido un elemento eficaz a la hora de acabar con las elevadas cifras de violencia de género en España, sino que además por el camino ha supuesto problemas jurídicos hasta el punto de convertirse en una norma cuya constitucionalidad se ha planteado en más de 180 ocasiones, por parte de los Jueces obligados a aplicarla, por suponer un conflicto con preceptos constitucionales como el Derecho a la Igualdad, la Presunción de Inocencia, o la Dignidad de la mujer.

A través del presente estudio, comprobamos los problemas que ha supuesto la Ley Orgánica 1/2004, analizando para ello los antecedentes jurídicos que ha tenido la búsqueda de la igualdad entre géneros en España, denunciando los problemas que la aplicación de esta norma han tenido tanto a nivel de tutela penal como civil, profundizando en la doctrina jurisprudencial que avala su polémico encaje en el marco constitucional, y proponiendo posibles soluciones para no sólo evitar tener una Ley de medidas contra la Violencia de Género que vulnere derechos constitucionales, sino que además ofrezca garantías a un mayor número de mujeres, suponga una tutela judicial efectiva y no discriminatoria, y que, en definitiva, ayude a conseguir una igualdad real entre géneros que acabe definitivamente con la situación subordinada de la mujer en la sociedad.

## **PALABRAS CLAVE**

Violencia de género, Violencia doméstica, Derecho a la Igualdad, Ley Orgánica 1/2004, Ley Integral, Igualdad de Género, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Inconstitucionalidad ley de violencia de género, Delitos por razón de sexo, STC 59/2008 de 14 de mayo, Tribunal Constitucional, Presunción de inocencia, Denuncias falsas, Artículo 14 CE, Jurisprudencia Violencia de Género, Discriminación positiva.

## INDICE

|             |   |    |
|-------------|---|----|
| <b>I.</b>   | <b>Introducción</b> .....   | 4  |
| <b>II.</b>  | <b>La evolución legislativa de la igualdad de género</b> .....                                | 6  |
| <b>III.</b> | <b>La Desigualdad de género como consecuencia de la LO 1/2004</b>                             |    |
|             | <b>a. En Política Criminal:</b>   |    |
|             | 1. La interpretación del artículo 153. 1 CP por el Tribunal<br>Constitucional.....            | 13 |
|             | 2. La interpretación del artículo 171. 4 CP por el Tribunal<br>Constitucional.....            | 20 |
|             | 3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de Violencia<br>de Género.....           | 21 |
|             | 4. La evolución histórica de los delitos especiales por razón del sexo<br>de los sujetos..... | 22 |
|             | <b>b. En Derechos Civiles:</b>  |    |
|             | 1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.....  | 24 |
|             | 2. La consecuencia de las acciones penales en los Procedimientos de<br>familia.....           | 27 |
| <b>IV.</b>  | <b>Derecho comparado</b> .....  | 30 |
| <b>V.</b>   | <b>Conclusiones</b> .....   | 35 |
| <b>VI.</b>  | <b>Bibliografía</b> .....   | 38 |

## I. INTRODUCCIÓN

*“Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres”*

Pitágoras

Uno de los mayores estigmas que las sociedades actuales hemos heredado del pasado es la desigualdad de género. Ya sea por motivos culturales, políticos, religiosos o económicos, la historia de la humanidad se ha escrito sobre unos pilares donde el sexo femenino siempre se ha encontrado sometido al masculino.

Pero aunque durante las próximas páginas intentaremos dar algunas pinceladas que traten de poner luz sobre ello, no es la existencia de violencia machista a lo largo de los años lo que aquí vamos a poner en duda. Lo que vamos a hacer será juzgar, de forma tan crítica como sea necesario, la pervivencia de esta lacra que acompaña al ser humano desde antes de salir de las cavernas hasta el día de hoy; y lo que es más importante, con qué armas estamos combatiendo la desigualdad histórica entre géneros. Cómo nos hemos enfrentado a ello, y las consecuencias que esta batalla ha supuesto a nivel jurídico en nuestro país.

Y es que en España esta cuestión no sólo ha calado especialmente hondo en nuestra naturaleza, resistiéndose a abandonar ciertas costumbres, sino que además la lucha contra la desigualdad ha llegado tarde, mal y salpicada de oportunismo político. Hasta tal punto que a día de hoy, sigue siendo uno de los puntos más sensibles de la actualidad diaria española.

El desastre jurídico y sociológico que está suponiendo el intento de erradicar la violencia de género en España ha llegado a un punto en que realmente debemos plantearnos si se están haciendo las cosas bien. Preguntarnos qué está fallando. Y es que quizá estemos combatiendo el fuego con más fuego. La desigualdad con más desigualdad.

Por ello nos adentramos en un terreno algo farragoso, polémico, y donde no todas las instituciones deciden meterse. Algo entendible, en cierta forma, ya que a lo que nos enfrentamos es a algo tan lamentablemente unido al ser humano como es el dolor, la violencia y la muerte. Pero precisamente por ello, es hora de que la conciencia colectiva de este país afronte sus problemas cara a cara, planteemos qué sociedad queremos

realmente ser; y, sin olvidar de dónde venimos y el porqué de nuestros problemas, consigamos poner fin a una cuestión que, en lo personal, me avergüenza pensar que a estas alturas no hemos conseguido zanjar. Y aún más vergonzoso es ver como, con los parches con los que hemos intentado tapar el problema de la violencia de género en España, no hay nadie que esté realmente satisfecho. Ni hombres, ni mujeres. Y es que no es cuestión de sexos, sino de sentido común, que la solución a esta cruz que cargamos durante siglos no es otra que una igualdad real de todo ciudadano, independientemente de sus condiciones de nacimiento, ante la Ley. Y a su vez, la igualdad sólo puede lograrse a través de la **educación**, otro histórico fracaso de España como sociedad.

Sin embargo no está siendo a través de la igualdad real, ni de una educación tolerante y empática, mediante lo que se está combatiendo el problema de la violencia sobre la mujer. Se ha recurrido a una técnica que no nos permite avanzar en su erradicación, sino quizá, incluso, retroceder: la **sobreprotección**.

Y es que, en el pasado, ¿fue necesario combatir la desigualdad racial con sobreprotección penal a determinado color de piel? No, fue la igualdad real entre seres humanos, independientemente de su raza, lo que nos permitió crecer como sociedad. ¿Las persecuciones religiosas acabaron a través de la protección del más débil? No, fue la tolerancia ante toda creencia lo que permitió la convivencia pacífica.

Pensemos que, precisamente, fue la especial protección, la existencia de determinados privilegios sociales, jurídicos, económicos o sociológicos lo que permitió a distintas razas, religiones o sectores sociales imponerse sobre otros. **La sobreprotección, cuando no está suficientemente justificada, crea desigualdades.** Es la igualdad real, tolerante y lograda a través de la educación lo que ha conseguido que el racismo o el fanatismo religioso estén desapareciendo en las sociedades avanzadas. ¿Por qué no hemos hecho lo mismo ante la desigualdad de género? ¿Por qué estamos luchando contra la histórica posición superior del hombre y su sobreprotección, lo cual creaba una situación de desigualdad, a través de la sobreprotección de la mujer?

A estas son las preguntas que trataremos de dar respuesta. Pero para ello, primero debemos analizar el cómo hemos llegado hasta aquí: la evolución que ha sufrido, jurídicamente, la desigualdad entre sexos.

## II. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA IGUALDAD

Entrando ya en la materia que nos interesa, que es la jurídica, debemos comenzar a hablar de que la búsqueda del fin de la violencia contra la mujer comenzó en el terreno internacional a mediados del siglo XX, cuando distintas instituciones empezaron, espoleadas por las conquistas que habían realizado las mujeres en cuanto a derechos civiles, laborales y políticos, a denunciar las situaciones de desigualdad.

Un primer avance en esta materia lo supuso la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre **“Derechos políticos de la mujer”**, que en el año 1946 recomendó a todos los Estados miembros que adoptaran las medidas necesarias para conceder a las mujeres *“los mismos derechos políticos que al hombre”*<sup>1</sup>. Sin embargo, esta declaración no supuso un gran cambio en una España que todavía estaba estrenando régimen dictatorial.

Pero no es hasta el 4 de noviembre de 1950 cuando el recién fundado Consejo de Europa presentaba en Roma el **“Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”**, en el cual se recoge ya de manera expresa la igualdad entre sexos, al considerar en su artículo 14 que *“el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo”*<sup>2</sup>. Sin embargo, España no ratificó este Convenio hasta el año 1977, ya a las puertas de un nuevo régimen democrático.

Y así es como nace, bajo la influencia de este Convenio Europeo, la **Constitución Española de 1978**; regulando, por primera vez, la igualdad entre ambos géneros ante la Ley y la no discriminación por motivos de sexo en su artículo 14.

Pero antes de que España redactara su constitución, el fantasma de la lucha contra la violencia sobre la mujer ya recorría Europa, especialmente tras la **“Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer”** de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en 1967 declara que *“la discriminación contra la mujer*

---

<sup>1</sup> Resolución 56 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas  
[http://www.jzb.com.es/resources/resolucion\\_ONU\\_56\\_I\\_1946.pdf](http://www.jzb.com.es/resources/resolucion_ONU_56_I_1946.pdf)

<sup>2</sup> [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

*constituye una ofensa a la dignidad humana*”<sup>3</sup>. También resulta determinante la convocatoria por parte de la ONU de la “Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer”<sup>4</sup> celebrada en 1975 en México D.F., y donde se da un nuevo avance en la toma de conciencia respecto del tema que nos ocupa.

Pese a que la búsqueda de la igualdad entre hombre y mujer queda patente en estas iniciativas a lo largo de todo el siglo XX, no es hasta la década de 1990 cuando los Estados europeos toman conciencia de que el problema de la desigualdad tiene una consecuencia para la que no están preparados: **la violencia doméstica**, cometida en la intimidad de la pareja. La protección que blindan tanto las Constituciones de cada Estado como los Convenios Internacionales resulta poco práctica ante esta realidad, y por ello deciden modificar sus Códigos Penales para tratar de frenar la violencia machista, bien a través de la modificación del delito de lesiones – como hizo el Código Penal alemán-, o bien creando una nueva figura delictiva: la violencia familiar o doméstica –sirviendo de ejemplo el Código Penal Sueco-.

En España, nuestra legislación penal preconstitucional estaba salpicada por una clara desigualdad entre sexos, con un tratamiento distinto en función a si determinados delitos eran realizados por hombres o mujeres<sup>5</sup>. Por ejemplo, hasta el año 1968 nuestra legislación preveía en el artículo 428 del Código Penal que sufriría pena de destierro el marido que, descubriendo a su mujer en adulterio, matara a los adúlteros o les causara lesiones graves – quedando, curiosamente, exento de todo cargo si las lesiones fueran leves-; pero no existía el mismo delito para la mujer que sorprendiera a su marido en análogas circunstancias<sup>6</sup>. Siguiendo con el ejemplo del adulterio, hasta 1979 y ya en plena transición democrática, la ley española castigaba hasta con seis años de prisión a la mujer adúltera; mientras que la infidelidad masculina no se denominaba adulterio,

---

<sup>3</sup> [http://www.jzb.com.es/resources/ONU\\_eliminatorio\\_discriminacion\\_mujer\\_1967.pdf](http://www.jzb.com.es/resources/ONU_eliminatorio_discriminacion_mujer_1967.pdf)

<sup>4</sup> <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/mexico.html>

<sup>5</sup> Al respecto de los delitos con desigualdad en función del sexo en la Historia penal de España, esta cuestión se analiza con más detalle en el apartado III. A.4) del presente texto.

<sup>6</sup> MARTINEZ LEÓN, MERCEDES: “Evolución legislativa de la violencia de género desde el punto de vista médico-legal en el marco normativo internacional y nacional” en *Revista de la escuela de Medicina Legal*, Junio 2010, pág. 19.

sino amancebamiento, y sólo era punible en caso de que la amante fuera mantenida en el domicilio conyugal, o notoriamente fuera de él.<sup>7</sup>

No fue hasta el año 1989 cuando el Derecho Penal español comenzó a tratar los malos tratos y la violencia física en el domicilio conyugal, a través de una reforma del delito de lesiones que creaba un tipo específico para cuando la violencia se practicaba en el ámbito familiar. En la Exposición de Motivos de la **Ley Orgánica 3/1989**, que modificó el Código Penal para prever el maltrato habitual entre convivientes, se justificó este nuevo delito considerando que era necesario para proteger “*a los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo*”<sup>8</sup>.

Posteriormente, y con la intención de transformar la sociedad española y su legislación al régimen democrático, comenzaron una serie de reformas penales enfocadas no sólo a castigar la violencia machista, sino especialmente a prevenirla y actuar antes de llegar a la agresión física. El problema fue que en este intento de prevención se han ido creando novedosos tipos penales de difícil interpretación y aún más difícil aplicación práctica, que en numerosas ocasiones “se superponen entre sí e incluso producen una desproporción entre el hecho ocurrido y el castigo previsto”<sup>9</sup>.

Es en este momento cuando entró en vigor nuestro presente **Código Penal de 1995**, que originalmente en su **artículo 153** castigaba a quien “*habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o análoga relación de afectividad*”, independientemente del sexo de los sujetos implicados. Posteriormente, la **Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio** modificaría este precepto, añadiendo como sujeto pasivo del mismo a quien hubiere sido cónyuge o análogo, aunque no lo fuera en el momento de cometerse el hecho punible.

---

<sup>7</sup> IDEM, pág.19.

<sup>8</sup>LAURENZO COPELLO, PATRICIA: “La Violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal” en *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-08, 2005.

<sup>9</sup> MARTINEZ LEÓN, MERCEDES: “Evolución legislativa de la violencia de género desde el punto de vista médico-legal en el marco normativo internacional y nacional” en *Revista de la escuela de Medicina Legal*, Junio 2010, pág. 20.



A partir de entonces, la jurisprudencia empieza a consolidar una doctrina definitiva respecto a la tutela penal en el ámbito de la violencia familiar, reforzando la protección de la familia como institución reconocida y amparada por nuestra Constitución en su artículo 39 CE, y considerando como el bien jurídico protegido por el delito de violencia doméstica era “la paz familiar”, la cual ante la violencia puede convertirse en “*un microcosmos regido por el miedo y la dominación*”<sup>10</sup>.

Poco después, **la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Seguridad Ciudadana, Violencia doméstica e Integración Social de Extranjeros** supondría un importante avance legislativo, a través de dos reformas. Por un lado, el artículo 153 CP dejó de exigir “habitualidad” en el maltrato a la pareja, permitiendo castigar la primera agresión producida, y añadiendo al mismo tipo las amenazas realizadas con armas o instrumentos peligrosos. La habitualidad del maltrato pasaba ahora a recogerse en el artículo 173.2, que además por primera vez pasó a equiparar la violencia psicológica a la física.

Estas reformas, unidas a otras de carácter procesal como el Enjuiciamiento Rápido de Delitos, regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde el año 2002, y la creación, a través de la Ley 27/2003, de la Orden de Protección judicial, permitieron una importante evolución de la protección jurídica a las víctimas de violencia en el ámbito familiar, independientemente de que esta fuera hombre o mujer.

Y es a partir de este momento cuando la propia lucha contra la desigualdad entró en conflicto con el derecho a la Igualdad, ya que se produce un cambio de mentalidad en el legislador, quien altera lo que la jurisprudencia venía siguiendo hasta el momento para considerar que la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares, sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles<sup>11</sup>.

De esta forma, el 28 de enero de 2005 entró en vigor la **Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género**. Su

---

<sup>10</sup> En este sentido destacan los pronunciamientos del Tribunal Supremo en sus sentencias STS 1366/2000 de 7 de septiembre y STS 355/2003, de 11 de marzo, que fallan a favor de la doctrina que venía siguiendo al respecto la jurisprudencia menor de distintas Audiencias Provinciales.

<sup>11</sup> LAURENZO COPELLO, PATRICIA: “La Violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal” en *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-08, 2005, pág. 4.

elaboración fue uno de los primeros trabajos encomendados a la recién estrenada Secretaría General de Políticas de Igualdad, uno de los nuevos altos cargos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que habían sido creados con el nuevo gobierno del PSOE, quien durante la campaña electoral había abogado por un cambio en las políticas sociales y en la movilización del voto femenino. Esta Ley Orgánica, denominada comúnmente como “**Ley Integral**” fue aprobada por unanimidad en el Congreso de los Diputados. Ningún partido con representación política en el año 2004 quiso quedarse fuera a la hora de apoyar una norma especialmente demandada por la ciudadanía ante la realidad social: 84 mujeres asesinadas a manos de sus parejas o ex parejas en el año 2004<sup>12</sup>. Y resulta una curiosa coincidencia esta ausencia total de conflicto político con el hecho de que, hasta la fecha, la Ley Orgánica 1/2004 tenga el honor de ser la norma española ante la que más **cuestiones de inconstitucionalidad** se han interpuesto, procedentes todas ellas del ámbito judicial. Pero eso es algo de lo que hablaremos más tarde.

Según indica en su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica 1/2004 pretende “*atender a las recomendaciones de los organismos internacionales, en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres*” y para lograr su propósito “*abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia, donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiaridad en las Administraciones públicas*”. Dicho así, parece que por fin el legislador se decidía a acabar con un problema que arrastraba España casi tres décadas después de iniciar su periplo democrático, siendo una realidad social la necesidad de una mayor protección para la mujer, ya que ésta es víctima del delito de maltrato, según las estadísticas judiciales, en el 90% de los casos

---

<sup>12</sup> Resulta complicado conseguir las cifras exactas de víctimas mortales de violencia de género, ya que las estadísticas que presenta el Instituto de la Mujer, con datos facilitados por el Ministerio del Interior, varían sustancialmente de las manejadas por distintas asociaciones de mujeres, como las que ofrece la Federación Española de Mujeres Separadas y Divorciadas. Algunos de los motivos de este baile de cifras se deben a que Interior no contabiliza algunos casos cuando el agresor es ex cónyuge o ex pareja, además de no contar con los datos en poder de los Mossos d’ Squadra y la Ertxantxa. En el caso del año 2004, el Instituto de la Mujer contabilizó 72 víctimas mortales, mientras que distintas asociaciones de mujeres cifran hasta 84 víctimas. Para un estudio más profundo acerca de las diferentes estadísticas en cuestión de violencia de género recomendamos OSBORNE, RAQUEL: “De la violencia (de género) a las cifras de la violencia: una cuestión política” en *EMPIRIA: Revista de metodología de Ciencias Sociales* nº15, enero-junio 2008, páginas 99-124.

instruidos al respecto, frente al 10% en que es el varón quien los sufre. Sin embargo, la Ley Integral ha llegado a causar más problemas que soluciones.

Para empezar, la propia denominación de ley “contra la violencia de género”, no se corresponde con su realidad. Y es que esta ley sólo ofrece protección a un reducido grupo de víctimas de la misma: mujeres que hayan mantenido o mantienen una relación de pareja con su agresor. Además, limita su intervención a determinados actos de violencia<sup>13</sup>, y no contra todos los actos que realmente impiden una plena situación de igualdad social entre hombre y mujer. De esta forma, la Ley Integral asegura tener por objeto “*actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad aún sin convivencia*”. Nótese lo incongruente que resulta hablar de acabar con la desigualdad de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, obviando para ello la protección de hijas, hermanas, madres, compañeras de trabajo o tantas otras mujeres con las que puede convivir un hombre que actúe de tal forma que se crea superior a una mujer. Y eso es lo que hace el legislador al considerar que el único vestigio de desigualdad machista en la sociedad actual tenga que ser mostrada por un hombre frente a su pareja o ex pareja. A su vez, el legislador olvida también que la manifestación de discriminación y desigualdad puede no darse sólo en el domicilio familiar, sino que esta realidad sigue existiendo en ámbitos laborales, educativos o incluso de ocio.

Por tanto, encontramos una Ley Integral de violencia de género que no protege a todas las mujeres, defendiendo de la desigualdad social estructural consecuencia de siglos de dominio del género masculino **sólo a mujeres con pareja**. A su vez, protege sólo los actos que se produzcan en el ámbito doméstico, y no las consecuencias a las que se puede enfrentar una mujer fuera de su domicilio como consecuencia de encontrarse discriminada y en situación de desigualdad, citando de nuevo las palabras que utiliza en el propio artículo 1 de la Ley Integral el legislador para referirse a la realidad social de las mujeres en España.

---

<sup>13</sup> ACALE SANCHEZ, MARÍA. “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género”, en FARALDO CABANO, PATRICIA (dir) *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch 2007, pág. 55.

Resulta por tanto bastante desacertado utilizar como nombre para esta Ley Orgánica las palabras “violencia de género”, ya que si recurrimos a la definición que ofrece la legislación europea ratificada por España, para definir la **violencia contra la mujer por razón de género** encontramos que por esta “*se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*”<sup>14</sup>.

De acuerdo con las definiciones que ofrece el Consejo de Europa, la Ley Integral española no sería una norma de protección de la violencia de género, sino, aunque no se previera como tal, es una norma que regula una de las perspectivas posibles dentro de la **violencia doméstica**, ya que esta se define como “*todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima*”<sup>15</sup>.

Es cierto que la Ley Integral es anterior a la firma del Convenio del Consejo de Europa citado, pero éste deja en evidencia que la norma española no va a acabar con la discriminación, la desigualdad ni la histórica relación de poder del hombre sobre la mujer, por mucho que asegure que éste sea su objeto, sino que tan sólo va a proteger a la mujer frente a determinados actos violentos ocurridos en la intimidad doméstica.

---

<sup>14</sup>Artículo 3) c. del CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, y ratificado por España el 6 de junio de 2014.

<sup>15</sup> Artículo 3) b. IDEM  
<https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>

### **III. LA DESIGUALDAD DE GÉNERO CONSECUENCIA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD**

#### **A. EN POLÍTICA CRIMINAL**

##### **1. La interpretación del artículo 153.1 CP por el Tribunal Constitucional**

Entrando a valorar los cambios que supuso en el Código Penal la Ley Integral, el primero y más destacado fue la creación de un supuesto agravado para el ya citado artículo 153.1 CP., que queda redactado de la siguiente forma:

*El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, **cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia**, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

He aquí la polémica. La ley deja de tratar por igual a ambos sexos, **mostrando diferentes penas en función de la víctima que sufra el daño**, es decir, incrementando el castigo si quien lo sufre es la mujer pareja o ex pareja. Y lo hace no sólo en el artículo 153.1º, referido al maltrato, sino que esta disparidad también es añadida para los delitos de lesiones (148 4º CP, creando un supuesto agravado cuando las lesiones sean causadas a la mujer cónyuge o análoga, con una pena prevista de entre 2 y 5 años de prisión<sup>16</sup>), así como para los delitos de amenazas y coacciones leves (171.4º CP y 172. 1º CP, respectivamente). De hecho, equipara el daño que pueda hacerse a estas mujeres con el que puede sufrir una “persona especialmente vulnerable”. Pero resulta sorprendente que,

---

<sup>16</sup> Respecto a la constitucionalidad de la modificación del artículo 148, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en STC 41/2010 de 22 de julio, donde resuelve un recurso de inconstitucionalidad instado por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Albacete, apoyándose en los mismos argumentos en los que previamente la STC 59/2008 de 14 de mayo había apoyado la constitucionalidad del artículo 153.1 CP, en cuyo análisis vamos a centrarnos.

si lo que está reconociendo el legislador con esta norma es que existe una violencia que se ejerce contra la mujer por el hecho de serlo<sup>17</sup>, la solución que se da permita, verbigracia, lo siguiente:

- Que si un hombre maltrata a su ex pareja, presuponiendo que para ello se hace valer de la histórica posición dominante del género masculino, pueda ser castigado con una pena de prisión de seis meses a un año, aplicando el artículo 153.1º.
- Que si el mismo hombre maltrata a su hija, madre, hermana o compañera de trabajo, haciéndose valer igualmente de la histórica posición dominante del género masculino, se le aplique un tipo penal distinto, el del artículo 153.2º, y pueda ser castigado con una pena de prisión de tres meses a un año.
- Que si una mujer maltrata a su padre, madre, hermano, marido o ex pareja, indistintamente, se aplique el artículo 153.2º y pueda ser castigada con una pena de prisión de tres meses a un año.

Esta reforma llevada a cabo por la Ley Integral, que como vemos crea un evidente trato discriminatorio al reo de determinados delitos, debido a que aplica penas más graves en función de quién es la víctima que sufre el daño, entra en **conflicto con el artículo 14 de nuestra Constitución**, que, recordemos, indica que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Y hasta tal punto queda claro lo poco que encaja una disposición así en nuestro ordenamiento constitucional que, desde que entró en vigor la Ley Integral el 22 de diciembre de 2005, se han sucedido **más de 180 cuestiones de inconstitucionalidad** referente a ella, por parte de jueces que han entendido que no podían aplicar la nueva redacción del artículo 153, 1. CP por no ser compatible con una norma jerárquica superior: nuestra Constitución. De estas 180 cuestiones de constitucionalidad, 127 han sido admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional, y en ellas se plantean principalmente el encaje de las disposiciones de la Ley Integral no sólo con el ya citado **artículo 14 CE**, sino también con el **artículo 1.1º CE**, que se refiere a la igualdad y la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento

---

<sup>17</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*” RECPC pág. 9-12, 2007

jurídico; al **artículo 10 CE** referente a la dignidad de la persona y a sus derechos inviolables inherentes; e incluso el **artículo 24 CE** en referencia a la presunción de inocencia.

Tras las numerosas cuestiones planteadas por la posible inconstitucionalidad de la norma, nuestro **Tribunal Constitucional** sentó doctrina al respecto con la **STC 59/2008 de 14 de mayo**. Dicha resolución resuelve la cuestión interpuesta por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, que cuestiona la inconstitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal, en la redacción que como ya hemos explicado dio el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/2004.

El Juez de lo Penal plantea la cuestión de inconstitucionalidad a la vista de que, en su interpretación del artículo 153.1 CP y en comparación con el del artículo 153.2 CP, se establece un **trato penal diferente en función del sexo** de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una **discriminación por razón de sexo**, prohibida por el art. 14 CE; que además podría comportar una vulneración del principio de presunción de inocencia, en cuanto que el mero hecho de pertenecer al género masculino cualifica para cometer un abuso de superioridad contra la mujer; y finalmente también plantea una lesión del artículo 10 CE por atentar contra la dignidad de la mujer, al considerar que la Ley Integral propone al género femenino como desamparado, débil y con una capacidad limitada de defenderse que se presupone por el mero hecho de ser mujer.

Considera el Juzgado que la medida introducida por la Ley Orgánica 1/2004 carece de justificación razonable, al no existir proporcionalidad entre la medida, el resultado producido y la finalidad pretendida<sup>18</sup>. Entre otras valoraciones de las medidas introducidas por la Ley Integral, recuerda que el precepto que cuestiona no debe ser aceptado como una fórmula de compensación o reparación por la discriminación que históricamente ha venido sufriendo la mujer; principalmente porque **la violencia machista no puede presuponerse indiscriminadamente**, considerando que cada conducta realizada por un varón lleva implícita una manifestación de un abuso de

---

<sup>18</sup> SANCHEZ CONDE, M.A: “Cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 153.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *LA LEY*, 15 de julio de 2008, núm. 6989, año XXIX, p. 1.

superioridad sobre la mujer, ya que suponerlo así sería contrario a la Constitución<sup>19</sup>. Tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado trataron de inadmitir la cuestión argumentando defectos de forma, pero el Tribunal Constitucional admitió a trámite la cuestión y entró a resolver la controversia.

Pese a estas consideraciones, el Tribunal Constitucional consideró la norma como compatible con nuestra Norma Suprema, no sin desacuerdo entre sus miembros: la sentencia fue suscrita con el voto favorable de siete magistrados, frente a cinco que encontraron la Ley Orgánica 1/2004 como contraria a la Constitución.

Por tanto, la constitucionalidad de la norma fue aprobada, y el argumento suscrito por el Tribunal comienza considerando que hay dos cuestiones que deben precisarse en el análisis de la cuestión planteada:

Por un lado, si tal y como interpreta el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, el artículo 153.1 CP, **el sujeto activo del delito de maltrato ha de ser necesariamente un sujeto masculino**, o si bien, puede ser cometido por sujetos de ambos géneros, dado que literalmente lo que dice el precepto es que se castigará a “el que” lo cometa –teniendo el uso de “el” un significado neutro que por tanto no sólo involucra al género masculino-, y dado que la relación conyugal o análoga que exige el artículo es posible entre mujeres. Sin embargo el Tribunal Constitucional cree que la redacción es clara en cuanto a que se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo), así como que del espíritu de la norma que modificó la redacción del precepto incluye, entre sus propósitos, combatir la violencia que “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder **de los hombres sobre las mujeres**, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o hayan estado ligados a ellas por relación similar de afectividad”. Por tanto queda claro que la intención del legislador es fijar los posibles sujetos activos y pasivos del tipo penal limitando el primero a varones y el segundo a mujeres, y por tanto no cabe plantear si existe la posibilidad de aplicarse el artículo 153.1 CP en una pareja homosexual –cuestión que si bien no entra a valorar el Tribunal, podría dar lugar a debate y seguramente así será en un futuro cercano, teniendo en cuenta que nuestra

---

<sup>19</sup> MIRANDA AVENA, C. y MARTOS MARTINEZ, G: “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008 de 14 de mayo”, en *La Ley Penal, revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* (77). pp. 92-103.



sociedad avanza hacia la más completa diversidad sexual; sin embargo no trataremos esta cuestión en esta ocasión-.

La segunda precisión que debe hacerse antes de continuar con el análisis de la norma, según el Tribunal Constitucional, se refiere a la mención en el precepto cuestionado de que pueda ser sujeto pasivo del mismo una “**persona especialmente vulnerable** que conviva con el autor”; lo cual interpreta nuestro tribunal de amparo como una expresión que demuestra la posible compatibilidad del precepto con el artículo 14 CE, en lo relativo a castigar más las agresiones del hombre a la mujer que otra agresión, ya que respecto a agresiones a personas especialmente vulnerables no hay restricción alguna de sexo respecto al sujeto activo; por lo que una hipotética situación de maltrato en la que el sujeto activo fuera mujer y el pasivo un hombre especialmente vulnerable sería susceptible de aplicar el artículo 153.1 CP, y por tanto, no existiría ninguna discriminación por motivo de género. Resultan curiosos los malabares que hace el Constitucional para abordar la cuestión, ya que según interpretamos a la vista de las consideraciones realizadas, lo que querría decir con este precepto el legislador sería que la mujer, por el mero hecho de tener o haber tenido una relación sentimental con un varón se encontraría en una situación “de especial vulnerabilidad”, mientras que un hombre tendría que probar, en el caso de ser víctima, que sufre una especial vulnerabilidad ante su pareja en el caso concreto para poder recibir idéntica protección.

Dicho esto, el Tribunal Constitucional también matiza que el análisis de la cuestión debe tener en cuenta el **doble contenido del artículo 14 CE**: por un lado la **cláusula general de igualdad** de los ciudadanos ante la ley, es decir, que ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas sean idénticas para todos los ciudadanos; y por otra la **prohibición de discriminación**. Considera el máxime intérprete de nuestra Constitución que aquí se invoca sólo la jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general; decisión argumentada en que considera que no existe discriminación al no estar motivada en la diferencia entre sexos, sino en el ámbito relacional en que se produce la agresión<sup>20</sup>; y si bien a primera vista puede considerarse aceptable esta consideración de cara a enjuiciar la constitucionalidad del artículo 153.1 CP, el razonamiento no podría ser el mismo si nos paramos a analizar otros puntos de difícil encaje constitucional de la Ley Orgánica 1/2004, como es el caso de la tutela procesal

---

<sup>20</sup> LLARAURI PIJOAN, E.: “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2009, pág. 8: «

especial que crea a través de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer –de los que hablaremos más adelante-; y que si tenemos en cuenta que la aplicación del artículo 153.1 CP sólo ofrece una protección especial a la víctima mujer, y que a ésta se la ofrece una vía procesal más rápida y especializada para solucionar el problema, mientras no se le permite esta misma tutela al varón víctima de violencia doméstica, nos encontramos ante un caso de evidente discriminación con razón de género, que sería motivación suficiente para desplegar el contenido íntegro del artículo 14 CE, y no limitarlo, como hace el Tribunal Constitucional en ésta sentencia.

En cualquier caso, y limitándonos a la visión que da nuestro Tribunal Constitucional, la doctrina jurisprudencial que se ha construido referente al principio general de igualdad exige que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación “objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación”<sup>21</sup>, por lo que debe analizarse ante la cuestión planteada si existe una razonabilidad que argumente el trato distinto por razón de sexo que se da en el artículo 153.1 CP, y si existe una desproporción de sus consecuencias atendiendo a la legitimidad que posea el fin de la norma.

Al respecto, considera nuestro Tribunal Constitucional que el legislador parte de la base de que la vida, integridad física, libertad y dignidad de la mujer son bienes jurídicos insuficientemente protegidos como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en el ámbito de la pareja. Esto se manifiesta en la “especial incidencia” que tienen las agresiones sobre las mujeres en la sociedad española, y en como la violencia de género es “el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”, según dice expresamente la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, lo que motiva al legislador para entrar a regular esta cuestión, fundamentándolo además en que la finalidad de la norma es eminentemente preventiva de comportamientos agresivos<sup>22</sup>, considerando que existen razones que justifican esta

---

<sup>21</sup> ZOCO ZABALA, C: “Violencia de género ocasional desde la perspectiva de la igualdad material y formal: sentencias del Tribunal Constitucional 100/2008, de 24 de julio, 82/2008, de 17 de julio, y 59/2008, de 14 de mayo», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 20, 2008, pág. 6.

<sup>22</sup> MIRANDA AVENA, C. y MARTOS MARTINEZ, G: “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008 de 14 de mayo)”, en *La Ley Penal, revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* (77). pp. 101.

necesidad de prevención. Esta justificación se basa en las “*altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja*”<sup>23</sup>

Por lo tanto, el legislador estaría avalado principalmente por el factor de que el maltrato a la mujer en la pareja es **estadísticamente superior** al que se da entre otros sujetos, compensando esta mayor lesividad con una pena más elevada. Pero entonces cabe preguntarse que, si efectivamente se considera que existe un tipo de violencia contra la mujer por el mero hecho de serlo, **¿por qué limitar los sujetos que pueden hacerse valer de esta situación de dominio a varones que sean o hayan sido su pareja?** ¿No sería más efectivo sencillamente aumentar la pena siempre que el sujeto pasivo del delito de maltrato sea una mujer, y entendiendo que no está suficientemente protegida y que la agresión está motivada en una cuestión de género, independientemente de quién sea el sujeto activo que provoque esa situación? Sin embargo, el Tribunal Constitucional sienta doctrina considerando que lo que motiva que este aumento de pena se limite al varón pareja es que estas agresiones tienen un “*mayor desvalor*”<sup>24</sup>, que necesita ser contrarrestado con una mayor pena.

Y así es como justifica nuestro Tribunal que la pena prevista para actos realizados por un sujeto masculino sea mayor, considerando que no es el sexo lo que el legislador tiene en cuenta para ello, sino el carácter especialmente lesivo de las actitudes violentas en el ámbito relacional, que son una manifestación directa de una grave desigualdad histórica. Y por tanto, considera adecuado que el legislador haya decidido actuar mediante una serie de medidas que castiguen especialmente este tipo de actos.

Por último, el Constitucional hace mención a que la discriminación que prohíbe el artículo 14, puede estar legitimada en determinadas ocasiones, siempre que sea excepcionalmente, con legitimidad acreditada y suficiente proporcionalidad. Y así estima que ocurre en el supuesto que nos ocupa, considerando que la violencia por parte del varón a la que es o fue su pareja atenta contra la igualdad “*como elemento definidor de la noción de ciudadanía*”<sup>25</sup>. De esta forma es como queda avalada la

---

<sup>23</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9 a).

<sup>24</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7.

<sup>25</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 8 *in fine*; así como STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5.

constitucionalidad del artículo 153.1 CP, ya que el mayor castigo que prevé para los hombres cumpliría “*el objetivo de combatir un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad*”<sup>26</sup>.

## **2. La interpretación del artículo 171.4 CP por el Tribunal Constitucional**

Además de la sentencia analizada, destaca el análisis que ha hecho el Tribunal Constitucional respecto a cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación a otros tipos penales, aparte del 153.1 CP, modificados por la Ley Integral. De esta forma, en **Sentencia STC 45/2009 de 19 de febrero**, se analiza la constitucionalidad de las modificaciones sufridas en el **delito de amenazas leves del artículo 171.4 CP**; un análisis motivado principalmente en la desproporción que los jueces de instancia consideran que existe cuando, en caso de ser amenazas producidas por un hombre a una mujer en los términos del artículo, tiene consideración de delito; mientras que de llevarse a cabo la misma conducta por parte de una mujer frente a un hombre, es constitutiva de una mera falta de amenazas.

Respecto a esta cuestión, el Tribunal Constitucional falla considerando que la diferencia punitiva entre ambos supuestos no revierte carácter inconstitucional<sup>27</sup>, debido a que no se vulnera el derecho a la igualdad si consideramos que el tipo creado por la Ley Orgánica 1/2004 es un delito especial, que sólo puede ser cometido por varones y del cual sólo pueden ser víctima mujeres, debido a que su creación ha sido fundamentada por el legislador debido a la habitualidad de conductas machistas en la sociedad. Añade además que no nos encontramos ante una violación del **principio de proporcionalidad**, por cuanto el mayor desvalor que el legislador da a las acciones enmarcadas en el campo de la violencia de género hace que no exista un desequilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma.

Sin embargo, esta interpretación supone una criminalización automática de todo varón, por el mero hecho de serlo, que vulnera el **principio de presunción de inocencia** al considerar que por el hecho de pertenecer a un sexo determinado va a

---

<sup>26</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 8

<sup>27</sup> STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4.

llevar a cabo siempre frente a su cónyuge o pareja actos que estén impregnados de actitudes machistas que exijan de un tipo penal propio<sup>28</sup>.

### **3. La interpretación del Tribunal Supremo en materia de Violencia de Género**

Como puede verse, la constitucionalidad de los preceptos modificados por la Ley Integral resultaba en el año 2008 más que cuestionable, por eso no sorprende que en el año 2009 el Tribunal Supremo reforzara su jurisprudencia al respecto entendiendo que las agresiones en las que no quedasen fielmente demostradas las notas del comportamiento machista por parte del hombre no podrían considerarse violencia de género<sup>29</sup>. De esta forma, nuestro Alto Tribunal considera que para poder aplicarse los tipos modificados por la legislación de violencia de género, **la conducta tipificada debe manifestar la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento por parte del sujeto activo frente al sujeto pasivo** cuya existencia prevé la Ley Orgánica 1/2004<sup>30</sup>.

Así, el Tribunal Supremo confirma la jurisprudencia menor que venían siguiendo varias Audiencias Provinciales, las cuales interpretaban que la aplicación automática de los preceptos relativos a la violencia de género **vulneran el principio de igualdad del artículo 14 CE**, si se criminaliza al sujeto masculino y si se presume la sumisión y dominación de la mujer por el hombre por el mero hecho de, cada uno, pertenecer a un sexo determinado<sup>31</sup>.

No obstante, a partir del año 2010 el Tribunal Supremo cambia su jurisprudencia, de forma que su interpretación sea más acorde a la que lleva a cabo el Tribunal

---

<sup>28</sup> Esta interpretación es apoyada por los votos particulares de STC 45/2009 de 19 de febrero, que sí considera contrario al artículo 24 CE «la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 153.1 CP»

<sup>29</sup> STS 654/2009, de 8 de junio, FJ 2.

<sup>30</sup> STS 1177/2009, de 24 de noviembre, FJ 3.

<sup>31</sup> En este sentido, Sentencias de la AP de Las Palmas 76/2007, de 9 febrero, FJ 3; Sentencia de la AP de Valencia 451/2008, de 3 de diciembre, FJ 3 y Sentencia de la AP de Burgos 48/2010, de 3 de marzo, FJ 4, entre otras.

Constitucional. De esta forma, pasa a obviarse el requisito antes exigido para el autor del delito de mostrar una motivación machista en sus actos, debido a que se señala que, como elemento de los delitos relacionados con la violencia de género, existe un reflejo de una relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina<sup>32</sup>, por lo que deja de ser necesario acreditar la actitud machista en la agresión.

#### **4. La evolución histórica de los delitos especiales por razón del sexo de los sujetos**

Esta contradictoria interpretación jurisprudencial muestra los problemas que ha supuesto integrar dentro de nuestro ordenamiento jurídico los delitos propios de la violencia de género. Y esto se justifica en que, si nos paramos a analizar desde el punto de vista histórico, las modificaciones que ha supuesto la Ley Orgánica 1/2004, en su intento de lograr la tan deseada igualdad, han vuelto a supuestos decimonónicos: diferenciar distintos delitos en función a si el ofendido es un hombre o una mujer.

De esta forma, si analizamos el **Código Penal de 1848**, encontramos que en su artículo 483.1 1º se castigaba al “marido que maltratase a su mujer, no causándole lesiones”, sin que el mismo tipo penal previera el caso de que el maltrato sea de mujer a hombre. Lo que sí se castigaba en 1848 era a la mujer que desobedeciera al marido, provocándole o injuriándole, con la misma pena que para el marido maltratador<sup>33</sup>.

De hecho, la mentalidad de finales del siglo XIX y principios del XX consideraba que el mero hecho de ser mujer debía considerarse un atenuante de la responsabilidad penal, considerando menos grave los delitos que pudieran ser cometidos por mujeres, mostrándose como buena prueba de ello que “*en casi todos los códigos, había y hay penas que sólo se aplican al hombre*”<sup>34</sup>, tal y como se recuerda entre la doctrina penal

---

<sup>32</sup> STS 1376/2011, de 23 de diciembre, FJ 2.

<sup>33</sup> CRUZ BLANCA, MARIA JOSE: “Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal” en MORILLAS CUEVA, LORENZO (Coordinador): *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, EDERSA, Madrid 2002.

<sup>34</sup> BUGALLO SÁNCHEZ, J.: “Responsabilidad atenuada de la delincuente menstruante”, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, pp. 91 y 92.

de la década de 1935, que amparaba que la corrección de la conducta femenina correspondiera no sólo al Estado, sino también a su padre o marido<sup>35</sup>.

De la misma forma, y desde mediados del siglo XIX –si bien con interrupción durante la II República- y hasta el año 1961, bien entrada la dictadura franquista, existió en España el delito de **Uxoricidio**, que castigaba a los hombres que mataran o causaran lesiones graves a su mujer o a su hija cuando las sorprendieran practicando el adulterio. En este caso no sólo era un delito que exigía que el sujeto activo fuera hombre y el pasivo mujer –de hecho, de darse la situación al revés, el delito sería de Parricidio- sino que la pena prevista para este caso era considerablemente inferior a las previstas para un homicidio o unas lesiones ordinarias<sup>36</sup>.

El último delito que perduró en nuestra legislación hasta 1989 exigiendo que el sujeto activo fuera hombre y el sujeto pasivo mujer, para suponer una consecuencia punitiva, fue la **Violación**<sup>37</sup>.

Y, si mirando con los ojos de la sociedad actual al siglo pasado, nos parece de tremenda injusticia el trato desigual que se daba a los distintos sexos, y durante décadas hemos defendido la igualdad entre géneros, ¿por qué permitimos en el año 2005 regresar a estos anacronismos? ¿No hay una forma de proteger a las mujeres que sufren actos violentos en la intimidad de sus domicilios, sin para ello tener que recurrir a violar un derecho fundamental tan básico para una Democracia como es la igualdad?

Pero antes de comparar las soluciones que se han dado al problema de la violencia machista en otros ordenamientos jurídicos, y proponer nuevas alternativas quizá no sólo compatibles con nuestra Constitución, sino también más beneficiosas para la protección de la mujer, pasamos a analizar otras cuestiones polémicas consecuencia de nuestra vigente y constitucionalmente avalada Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género.

---

<sup>35</sup> ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal”, Madrid, 2006, pág. 23

<sup>36</sup>GÓMEZ DE MAYA, J: “Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación española” en *Tesis Doctorales en Red*, Universidad de Murcia, 2011, pág. 658.

<sup>37</sup>ACALE SÁNCHEZ, MARÍA: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal”, págs. 29 y 30.

## B. EN TUTELA JUDICIAL CIVIL

### 1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

Además de las modificaciones ya mencionadas en materia penal, la Ley Orgánica 1/2004 también realizó un ajuste de toda la legislación que pueda, de una manera u otra, afectar a las mujeres que estén sufriendo actos de violencia doméstica. Y como medida estrella para mejorar la acción judicial en estos casos, la Ley Integral creó un nuevo órgano judicial especializado en ésta materia: los **Juzgados de Violencia sobre la Mujer**.

Este juzgado especializado en materia de violencia doméstica es la solución propuesta por el legislador para dar una respuesta más útil y rápida a las víctimas, a través de la **concentración en un mismo órgano judicial de las competencias civiles y penales** que puedan derivarse de una situación de maltrato doméstico. O en otras palabras, permite que el mismo juez que se encarga de instruir el delito de maltrato – o cualquier otro delito cometido entre quienes son o han sido pareja en el que exista violencia o intimidación- sea el que se pronuncie sobre el divorcio o las relaciones paterno-filiares que deriven de la situación de violencia. Como ya hemos dicho, la creación de estos juzgados permite no sólo una respuesta más rápida y especializada ante el problema de la violencia doméstica, sino que evita posibles resoluciones contradictorias y permite una mayor coordinación de las actuaciones judiciales.

Sin embargo, la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como puede desprenderse de su propio nombre, adolecen de uno de los graves problemas que impregna a toda la Ley Orgánica 1/2004: **sólo protegen a víctimas en función de su sexo**. Y, como también ya hemos mencionado anteriormente, ni siquiera suponen una protección integral para todas las mujeres, sino que su ámbito queda delimitado a las mujeres que han sido o son pareja sentimental; por lo que, de nuevo, encontramos una medida que pretende acabar con la desigualdad que históricamente viene sufriendo el género femenino sin para ello ofrecer garantías a las mujeres, sino sólo a *determinadas* mujeres. No se pretende acabar con el problema de fondo que afecta a la sociedad desde hace siglos, sino que el legislador –recordemos que apoyado por todas las fuerzas políticas presentes en el momento de pregonar esta norma-, se limita con esta ley a poner un parche ante quizá el signo más gráfico de las reminiscencias machistas de la



sociedad: el homicidio de mujeres por parte de sus parejas; pero no consigue en ningún momento, ya que tampoco lo pretende, acabar con la desigualdad real entre géneros. Y esta desigualdad es la causa primigenia de la violencia física que, en última instancia, causa el impacto social que origina la necesidad de esta ley. Una ley en la que, como observamos, no se pretende sacar a la mujer del binomio formado por la violencia ejercida por el hombre agresor frente a la víctima mujer, sino que “*en lugar de tratar de apartar a la mujer de esta posición, o como mínimo cuestionarla, a lo que se limita es a castigar al agresor que se excede*”<sup>38</sup>.

Desde que se anunció el anteproyecto de la Ley Orgánica 1/2004, el **Consejo General del Poder Judicial** denunció el dudoso encaje constitucional que tendría la creación de un órgano judicial que discriminara su ámbito de protección en función del género de los sujetos que soliciten la tutela<sup>39</sup>; sin embargo, la Ley Integral fue aprobada, y ello supuso que 475 órganos judiciales, 17 de nueva creación, se encargaran de las denuncias por violencia realizadas por mujeres contra sus parejas. Y no mucho después de empezar a funcionar estas oficinas judiciales, la Asociación Profesional de la Magistratura denunció que España se convertía con ello “*en el único país con tribunales específicos para un solo sexo*”<sup>40</sup>.

En el citado Informe realizado por el CGPJ, el órgano de gobierno de los jueces considera que si bien es cierto que la mayor parte de las situaciones de violencia doméstica el sujeto subordinado es la mujer (91.1% de los casos), no hay que olvidar los casos en que la violencia se produce sobre hombres (8.9% de los casos); haciendo especial referencia a que además de la violencia con causa de género, en la violencia doméstica se encuentran casos en los que **la víctima son ancianos o menores que sufren relación de subordinación** con motivo de la convivencia, por lo que merece poner de relieve que no supone una mayor protección para la mujer el hecho de que de

---

<sup>38</sup> COLL-PLANAS, GARCÍA-ROMERAL, MAÑAS-RODRÍGUEZ Y NAVARRO VARAS: “Cuestiones sin resolver en la Ley Integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género y entre violencia y agresión” en *Papers Revista de Sociología*, Nº 87, 2008, pág.201.

<sup>39</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: “Informe Al Anteproyecto De Ley Orgánica Integral De Medidas Contra La Violencia Ejercida Sobre La Mujer”, Madrid, 24 de Junio de 2004.  
[http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORME/S/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/3462\\_012\\_2\\_1.0.0.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORME/S/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/3462_012_2_1.0.0.pdf)

<sup>40</sup> “Los Juzgados de la Mujer inician su labor bajo críticas de jueces por discriminación por sexo” en diario *EL MUNDO*, 29 de junio de 2005.

la Ley Integral de medidas para proteger la violencia doméstica se excluyan a sujetos como ancianos, menores o incluso a los hombres. De hecho, es obligatorio preguntarse por qué quedan fuera de las medidas de protección que ofrece la Ley estos colectivos, cuando dichas medidas no son ni mucho menos bienes tan escasos como para tener que hacer una preferencia a la hora de elegir quién debe tener el acceso prioritario a ellas.

Por lo tanto, la exclusión del género masculino de la protección que ofrece la Ley Integral es una evidente **discriminación “positiva” en favor de la mujer**, pero esto también es criticado por el CGPJ en su informe. Y lo hace argumentando que dicha discriminación positiva sólo tiene sentido como instrumento para fomentar la igualdad entre dos colectivos, en este caso hombre-mujer, cuando uno de ellos está más discriminado en un ámbito. Véanse como ejemplo los tratos de favor que producen determinadas medidas encaminadas a igualar la situación de las mujeres en el mercado laboral, con el objetivo de lograr un avance lo más rápido posible en esta materia, pero sin suponer un puro automatismo de preferencia total de la mujer en todos los casos frente al hombre, y con la vista puesta en que sean medidas temporales, ya que se aspira a que no sean necesarias una vez se logre la plena incorporación natural de la mujer en el ámbito laboral. En este caso, la necesidad de lograr un equilibrio entre los dos géneros, que se aspira a conseguir a través de estas medidas en política laboral, justifican la discriminación. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2004 no supone ninguna solución temporal, ni se pretende con ella conseguir un equilibrio de trato, ya que precisamente lo que hace es conducir a un desequilibrio inverso por exceso: **tratar de forma más gravosa a los hombres para “igualar” así a la mujer**; por lo que no tiene cabida la discriminación positiva que supone.

Y a todo ello debe añadirse que, precisamente, el ámbito judicial debe de ser ajeno a todo aquello que distorsione su acción: hacer justicia. Y por tanto, no deben permitirse en ningún caso discriminaciones que actúen de manera automática, máxime cuando la tutela judicial no puede tacharse como “bien escaso”, de limitada disponibilidad, y que por tanto deba administrarse preferentemente a un grupo social por delante de otro. Incluso en el caso de que lo que se argumentara fuera que la administración de justicia es escasa desde el punto de vista de la celeridad procesal, y que se debe permitir privar de ciertas protecciones jurídicas a los varones en favor de las mujeres, el CGPJ considera que no existe riesgo ninguno de dilaciones indebidas por la inclusión de un mayor número de beneficiados por las medidas de protección de la Ley Integral, ya que

se entiende que el número de órganos judiciales que deben de crearse para atender una necesidad procesal deberá ser lógicamente el suficiente para todos los demandantes de la misma; y además, debemos recordar que precisamente el número de víctimas masculinas en la violencia doméstica es muy inferior en número al de mujeres, y por tanto su inclusión no podría suponer una merma de la funcionalidad de las decisiones judiciales.

Por otra parte, el hecho de que porcentualmente la violencia doméstica sea ejercida principalmente sobre mujeres no justifica, por sí mismo, este tipo de discriminación. De hecho, permitirlo abre la veda a que, en otro tipo de cuestiones judiciales, puedan permitirse tratos diferentes por cuestión de género en atención a la estadística. Pongamos como ejemplo los **Juzgados de Vigilancia Penitenciaria**: en las cárceles españolas el 90% de los condenados cumpliendo penas de cárcel son varones, frente a un 10% de mujeres. Una cifra muy similar, a la inversa, a la que encontramos en las estadísticas de violencia doméstica. ¿Podría consentirse, por ello, un **trato de favor diferente y automático** en la administración de justicia penitenciaria, por razón meramente de sexo y para todos los casos, motivada exclusivamente en la disparidad estadística?

## **2. Las consecuencias de los actos penales en los Procedimientos de Familia.**

Sin embargo, se ha permitido jurídica y socialmente este trato discriminatorio en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que además de ser abiertamente contrario a la igualdad que predica nuestra constitución, ha tenido una consecuencia directa en el ámbito civil: la **contaminación de los procedimientos de separación, divorcio y regulación de medidas paterno-filiares** por el mero hecho de que se inicien actuaciones policiales, y aunque posteriormente estas no lleguen a enjuiciarse.

Esto se debe a que los Juzgados de Violencia tienen no sólo competencia para conocer de los procedimientos civiles de familia cuando las partes de los mismos estén sumidos previamente en un procedimiento de violencia de género, sino que también, a través de la *vis afectiva* que se les ha concedido, pueden conocer del procedimiento civil que ya esté siendo seguido ante un Juzgado de Primera Instancia cuando los mismos

sujetos inicien actuaciones penales –por actos de violencia de género<sup>41</sup>-. Y aunque la separación y el divorcio no son instituciones causales, y no exigen en la actualidad motivación para concederse, la entrada de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en esta materia se legitima en las consecuencias que la ruptura de la convivencia motivada en los actos de violencia de género puede suponer; regulando rápidamente la nueva situación creada en materia civil en cuestiones como el uso del domicilio familiar, la patria potestad, o la custodia y el régimen de visitas de los hijos menores de la pareja. Por ello puede interesar que sea el mismo juzgado el que siga tanto el procedimiento civil como el penal, ya que esto garantizaría una más eficaz tutela judicial de la víctima y evitaría problemas de falta de coordinación y coherencia entre las resoluciones de distintos órganos jurisdiccionales<sup>42</sup>.

Pero pese a esta necesidad de que ambos procedimientos sean seguidos en un mismo órgano judicial, la realidad es que la *vis afectiva* de los Juzgados de Violencia está fomentando una práctica común, no exenta de cierta picaresca: la interposición de **denuncias por violencia de género ficticias**, con el único motivo de que la competencia material del procedimiento de familia sea absorbida por el Juzgado de Violencia de Género. Esto supone no sólo una forma de presión de la que puede hacerse valer la mujer frente al hombre a la hora de negociar las consecuencias civiles de la convivencia, sino que además impone una consecuencia civil desde el primer momento: la mera competencia del Juzgado de Violencia en el procedimiento impide la práctica de la custodia compartida de hijos menores<sup>43</sup>, lo que a su vez supone la entrega de la custodia provisional para la madre mientras se enjuicia la posible existencia de actos de violencia doméstica, lo que en la práctica viene suponiendo que se conceda la custodia como definitiva a la madre una vez concluido el procedimiento, independientemente de que se haya sobreseído la causa penal, para no alterar las costumbres ya adquiridas por los menores tras la inicial ruptura.

---

<sup>41</sup> BILBAO BERSET, JUAN: “La vis atractiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” ATELIER Libros Jurídicos, Barcelona 2014, pág. 42.

<sup>42</sup> TASENDE CALVO, JULIO: “Aspectos civiles de la Ley orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” en *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 664, 14 de abril de 2005, pág. 4.

<sup>43</sup> Ya que así lo impide el artículo 92.7 del Código Civil, que indica que “*no procederá (la guardia y custodia compartida) cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*”.

Pero la problemática en cuanto a este fenómeno llega ante la **oscuridad de las cifras oficiales** que puedan ofrecer una visión fiel de la realidad. Un desconocimiento que surge, por un lado, de la total falta de doctrina científica al respecto, quizá consecuencia de cierta autocensura que surge de la opinión pública y que afecta, posiblemente, a hacer público jurídica y socialmente este problema<sup>44</sup>; y al que debe añadirse la falta de datos estadísticos claros por parte de las fuente jurídicas. Por ejemplo, en los datos ofrecidos por el CGPJ puede observarse como, en el pasado año 2014, **un 25% de los hombres enjuiciados por violencia de género obtuvieron sentencias absolutorias**. Pero además de este número, hay que contar con que el 19.83% de las denuncias que se han interpuesto desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004 ni siquiera han concluido en sentencia, siendo sobreesídas sin llegar nunca a juicio<sup>45</sup>.

En cualquier caso, esta realidad demuestra una vez más lo desafortunada que ha sido la Ley Orgánica 1/2004, que en su intento de conseguir una protección más eficaz de la violencia sobre la mujer, lo que ha conseguido ha sido una criminalización sistemática del varón, que no sólo supone una contradicción con el espíritu de igualdad de nuestra Constitución y con derechos derivados de ésta como la presunción de inocencia; sino que además muestra una imagen de la mujer como víctima por el mero hecho de serlo, sin necesidad de acreditar la realidad de la situación de violencia para desplegar los efectos civiles de su protección, creando con ello una desigualdad positiva en favor de la mujer que, lejos de acercarnos a la deseada situación de igualdad, pretende mostrar a las mujeres como sistemáticamente necesitadas de la protección del Estado.

Es por todo ello que consideramos que la Ley Integral 1/2004 no ha sido una norma positiva para el ordenamiento jurídico español a la hora de combatir la violencia de género, ya que no ha combatido el origen de todo comportamiento violento: la desigualdad histórica que sufre aún en la actualidad la mujer. Pero el legislador, actuando más bajo intereses políticos de cara a la galería que en atención a la realidad social, ha pretendido frenar esa desigualdad mediante medidas que no sólo no han ayudado a solucionar el problema, sino que por el camino han cometido verdaderas

---

<sup>44</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ, FRANCISCO y BERNABÉ CÁRDABA, BEATRIZ: “Las denuncias falsas en casos de violencia de género: ¿mito o realidad?” en *“Anuario de Psicología Jurídica”* Vol. 22, 2012. Pág. 41.

<sup>45</sup> IDEM, pág. 42.

barbaridades contra los derechos que la Constitución ampara, y particularmente, contra el derecho a la igualdad, que es precisamente aquello por lo que la causa feminista viene luchando durante décadas en nuestro país.

#### IV. DERECHO COMPARADO

Tras llegar, pues, a la conclusión de que la Ley Integral no ha sido una solución a los problemas de la Igualdad en España, debemos preguntarnos qué solución han dado en otros países a la cuestión de la violencia de género.

Entre los países europeos, destaca el trato a la Igualdad que se ha dado en **Bélgica**, cuya Constitución recoge en su artículo 10 la igualdad ante la Ley de todos los belgas, con una garantía explícita acerca de la igualdad entre hombres y mujeres<sup>46</sup>.

Con el objetivo de hacer cumplir esta premisa constitucional, en el año 1999 se redactó una ley acerca de la igualdad de trato entre hombre y mujer. En dicha norma se regularon fundamentalmente la igualdad de condiciones laborales y acceso al empleo, pero encontramos una interesante reflexión acerca de lo que realmente es la igualdad entre géneros, definiéndola sencillamente como la **“ausencia total de discriminación entre géneros”**<sup>47</sup>, además de incluir la prohibición de que las leyes belgas den un trato distinto a un ciudadano por el mero hecho de ser hombre o de ser mujer –lo cual impediría que en Bélgica pudiera haberse aprobado una norma como la Ley Integral contra la Violencia de Género española-.

Pero antes de esta Ley de Igualdad, Bélgica ya se había ocupado de la cuestión relativa a la **violencia en el ámbito de la pareja**, aprobando en el año 1997 una modificación de su Código Penal, de forma que se agravaran los delitos de homicidio y lesiones cuando el reo “haya cometido el crimen o delito **contra el cónyuge o la persona con quien cohabita o haya cohabitado** y tenga o haya tenido una relación afectiva y sexual duradera”, aumentando en dos años la condena en caso de privación de

---

<sup>46</sup> MARLIES, CARDOEN: “El Sistema Constitucional de Bélgica” (Traducción de Francisco Bombillar) en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 15, 2011, capítulo 2.

<sup>47</sup> MORONDO TARAMUNDO, DOLORES: “Marco legal de la Igualdad: Bélgica, Canadá y Suecia” en *Jornadas de formación y consultoría para la igualdad entre mujeres y hombres*, Vitoria, 2004.

libertad, y duplicándola en caso de condena de otro tipo. Como puede observarse, la ley belga no exige que el sujeto pasivo del delito tenga que ser necesariamente mujer para que opere el mecanismo de protección especial, sino que considera que el bien jurídico a proteger, la integridad física, debe ser especialmente protegido por encontrarse la víctima conviviendo en la intimidad del domicilio con su agresor. Independientemente del género que ocupen tanto agresor como víctima.

De esta forma, el sistema penal belga permite un aumento del castigo en los casos de violencia machista –o de cualquier caso de violencia en la pareja, con lo que soluciona también problemas cada vez más frecuentes como la violencia en parejas homosexuales-, sin renunciar para ello a la igualdad de trato de todos los ciudadanos que exige su Norma Suprema, ni causar discriminación alguna.

Posteriormente, en el año 2002, Bélgica actualizó su Constitución con un nuevo artículo, el 11 bis, con el objetivo de introducir una disposición relativa al **derecho de hombres y mujeres a la igualdad en el ejercicio de sus derechos y libertades**, y para favorecer la igualdad en el acceso de la mujer a cargos públicos<sup>48</sup>. Esta reforma constitucional fue acompañada de la creación del Instituto para la Igualdad de Mujeres y Hombres, cuya funciones principales son garantizar y promover la igualdad real, así como evitar cualquier forma de discriminación y desigualdad con motivo de género. Pero merece dar especial relevancia a la sección jurídica de este organismo, ya que se ocupa de recibir denuncias de víctimas de discriminación de género para llevar a cabo las oportunas acciones legales al respecto<sup>49</sup>.

Siguiendo con el análisis de otros sistemas jurídicos, debemos mencionar que los países del norte de Europa son los que más destacan en cuanto a niveles de igualdad entre géneros, considerablemente superiores en todos los ámbitos a los del resto de Europa. La igualdad de oportunidades entre hombre y mujer es algo culturalmente

---

<sup>48</sup> SEVILLA MERINO, JULIA: “Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria” en *Colección de cuadernos feministas* n.º. 4, del Instituto Universitario de Estudios de la Mujer de la Universitat de València. 2004, pág. 71.

<sup>49</sup> MARLIES, CARDOEN: “El Sistema Constitucional de Bélgica” (Traducción de Francisco Bombillar) en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 15, 2011, capítulo 9.

aceptado en estos países, y en la práctica apenas existen situaciones de discriminación por razón de género.

Paradigma de ello resulta **Suecia**, país en el que desde el año 1954 existe un Ministerio de Igualdad dentro de su gobierno, lo cual ayuda a explicar la temprana lucha por la igualdad de género vivida en los países nórdicos. En el año 1991 se redactó su primera **Ley de Igualdad**, conocida como “*Jämställdhetslagen*”, la cual fue derogada en 2009 para dar paso a una nueva norma, la “*Diskrimineringslag*” o **Ley de Discriminación**, que no sólo se ocupa de la igualdad entre géneros sino que engloba la lucha contra la discriminación religiosa, étnica, o de cualquier otro tipo.

Sin embargo, y pese a disfrutar de una cultura tan poco sexista, la violencia dentro de la pareja es una realidad que sigue aflorando en la sociedad sueca, con cifras que llegan a liderar proporcionalmente el número de víctimas mortales por maltrato, especialmente como consecuencia del alto consumo de bebidas alcohólicas y sustancias tóxicas entre la población<sup>50</sup>.

La respuesta del legislador sueco ante la realidad de la violencia contra mujeres fue la modificación del Código Penal, introduciendo un nuevo delito: **la grave violación de la integridad de la mujer**. Este tipo penal castiga los actos punibles repetidos cometidos por hombres contra mujeres con las que mantienen una relación íntima, de forma que se permite incrementar la sanción penal de actos como las agresiones, amenazas o acoso sexual cuando se trata de acciones reiteradas –aunque no exista una condena previa, basta con la mera repetición del acto punible-, y causen daño a la autoestima de la víctima<sup>51</sup>.

De esta forma, se protege a la mujer víctima de maltrato con un delito específico, pero que exige de la existencia reiterada de una conducta para poder aplicar un tipo penal agravado, evitando así que se generen castigos desproporcionados para hechos aislados. A su vez, se respeta el derecho a la igualdad, ya que el Código Penal sueco castiga los actos de violencia, ajenos al tipo independiente que supone la grave

---

<sup>50</sup> “Los países nórdicos encabezan la lista de mujeres muertas por maltrato” en diario *EL PAÍS*, Valencia, 28 de abril de 2007.

<sup>51</sup> MORONDO TARAMUNDO, DOLORES: “Marco legal de la Igualdad: Bélgica, Canadá y Suecia” en *Jornadas de formación y consultoría para la igualdad entre mujeres y hombres*, Vitoria, 2004.



violación de la integridad de la mujer, con penas idénticas independientemente de si el acto punible ha sido realizado por un varón o por una mujer.

Pero para encontrar el, quizás, mejor sistema de protección de la violencia de género tenemos que salir de las fronteras europeas y dirigirnos a **Canadá**. Así, en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982, de rango constitucional, encontramos recogida en su artículo 15 la prohibición de toda discriminación por raza, etnia, nacionalidad, religión, edad, discapacidad y, por supuesto, sexo.

Especialmente interesante resulta la interpretación llevada a cabo por el **Tribunal Supremo canadiense** acerca de la prohibición de discriminación, considerando que para conseguir un ideal de igualdad ante la ley, lo que hay que analizar es el impacto de dicha norma sobre el individuo o el grupo. De esta forma, considera que un trato idéntico como estándar de igualdad no tiene por qué ser igualitario, ya que no todos los tratamientos diferenciados entre individuos tienen como consecuencia una desigualdad, pero por el contrario, pueden existir tratamientos idénticos que sí produzcan graves desigualdades con frecuencia<sup>52</sup>.

Para el Tribunal Supremo de Canadá, por tanto, existe desigualdad cuando no sólo hay una distinción de tratamiento, sino que existe por ello una **desventaja**.

Dicho esto, la forma en que Canadá decidió combatir el problema de la violencia de género fue a través de un **Plan Federal para la Igualdad de Género**, realizado en 1995. En este plan, el Gobierno canadiense considera que el principal motivo de la violencia contra las mujeres es consecuencia de la actitud de desigualdad estructural que sufren éstas de forma sistemática en distintos entornos tanto socio-culturales como económicos. Es por ello que este Plan Federal toma una serie de medidas, priorizando la prevención y la atención a las víctimas por encima de la acción penal directa del Estado, a la que considera, pese a ser necesaria, poco útil como solución al fondo del problema.

Entre las principales medidas que lleva a cabo el Plan Federal, tiene especial relevancia el tratamiento que se da a la **orden de alejamiento**, que en Canadá puede ser

---

<sup>52</sup> SUPREME COURT OF CANADA JUDGMENT: Andrews vs. Law Society of British Columbia, 2 de febrero de 1989. <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/407/index.do>

solicitada por la víctima, la policía o cualquier tercera persona que conozca del riesgo de actos violentos. El incumplimiento de este tipo de medidas de protección son considerados muy graves, de forma que llevan aparejadas una pena de prisión de dos años –mientras que en España, vulnerar una orden de este tipo se castiga con una pena de entre seis meses y un año de prisión-.

Pero la más interesante de las medidas penales llevadas a cabo en Canadá ha sido la creación de una **circunstancia agravante** en su legislación penal cuando se considere que **el crimen ha sido cometido por odio**, ya sea con motivo del sexo, orientación sexual, raza, origen o religión de la víctima. Del mismo modo, la pena se agrava cuando el agresor se encuentra en una **situación de confianza o autoridad** sobre la víctima, lo que incluye a cónyuges, parejas de hecho, padres, madres, compañeros de trabajo o de cualquier otro tipo.

De esta forma se crea una interesante fórmula jurídica que permite castigar más duramente los casos de violencia de género, sin para ello discriminar a determinado sexo, ni suponer un desbarajuste de los preceptos constitucionales que aseguran la igualdad. Así, cuando se comete un acto violento que tiene como origen la histórica situación de superioridad cultural del hombre sobre una mujer, éste puede agravarse mediante dos vías: o bien demostrando que la actuación viene motivada por **odio al género femenino**, por considerar al hombre por encima de la mujer en cualquier ámbito; o bien puede agravarse cuando entre ambos sujetos exista una relación de confianza o autoridad que convierte el acto violento en aún más grave, véase por ser cometido por padres frente a sus hijos, o por empresarios frente a empleados.

Con este modelo jurídico se asegura una protección especial sin caer en los graves problemas jurídicos que suponen otros sistemas, como el español, ya que no crea diferencias con motivo del sexo de los sujetos, siendo indiferente éste, debido a que lo que se tiene en cuenta es la acción cometida, el motivo por el que se produce y qué relación tiene la víctima con el autor del delito; mientras que nuestro sistema de protección se basa en atender, exclusivamente, a cuál es el género de uno y otro, y en base a ello, ofrecer unas consecuencias distintas y automáticas para cada caso.

## V. CONCLUSIONES

Tras el análisis llevado a cabo, la conclusión principal de la cuestión resulta evidente: la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género no ha sido, ni de lejos, un acierto jurídico, ya que consideramos que nos encontramos ante una norma **incompatible con el espíritu de nuestra Constitución**, especialmente en lo relativo al derecho a la Igualdad que emana de su artículo 14, así como de la presunción de inocencia prevista en el artículo 24.

Los motivos que justificaron esta Ley son evidentes y nadie dudará de su importancia: el trato inferior que histórica y culturalmente viene teniendo la mujer en nuestra sociedad, y cómo esto tiene como consecuencias actos violentos que merecen especial protección cuando ocurren en la intimidad del domicilio y cuando el agresor es aquella persona con la que se mantiene una relación de afectividad. Sin embargo, los medios con los que pretendió llevar a cabo esta protección son equivocados, debido a que son incompatibles con una norma jurídica de rango superior: la Constitución Española.

El porqué de que el legislador decidiera obviar los preceptos constitucionales viene motivado en una más que criticable práctica jurídica que viene repitiéndose en las últimas legislaturas, consistente en crear leyes acerca de cuestiones que tienen especial transcendencia en la actualidad diaria de la sociedad, y utilizar éstas como forma de que el partido político de turno se muestre ante el electorado como sensible ante dicha cuestión, con el único motivo de arañar un puñado de votos de determinado colectivo, sin para ello importarle las consecuencias jurídicas o sociales que pueden tener sus irresponsables actos para alcanzar o perpetuarse en el poder.

Es por ello que, si bien es necesario actuar de forma contundente contra la desigualdad histórica que sufre la mujer, no podemos hacerlo a través de un derecho penal arrastrado por el **frenesí penalista** que invade a la sociedad ante los problemas de actualidad. Ello supone una **perversión del Derecho** que, lejos de lograr soluciones, tan sólo sirve de parche para el problema que se pretende solventar, mientras por el camino, en el caso que nos ocupa, se han vulnerado derechos tan importantes como la igualdad, la presunción de inocencia o la dignidad de la mujer.

Debemos recordar que el Derecho Penal es una herramienta que debe ser utilizada, siempre, como última frontera de protección de un bien jurídico en la sociedad, y dadas las graves consecuencias que supone su uso, no debe legislarse a la ligera a la hora de hacer uso del *Ius Puniendi*. Por ello, no debemos caer en el error de usar el Derecho Penal como elemento discriminatorio que asegure la igualdad entre sexos, tal y como sí se ha venido haciendo en el ámbito laboral o administrativo como forma de eliminar desigualdades entre sexos, ya que **la responsabilidad penal es personal**, es decir, por hechos y actos cometidos; por lo que pretender resolver el problema de la violencia sobre la mujer a través de la criminalización automática de su pareja o ex pareja resulta no sólo inútil de cara a la lograr un estado de igualdad real entre sexos, sino también un uso incorrecto del Derecho Penal.

Si el legislador atiende al hecho de que las agresiones se producen contra la mujer por el hecho de ser mujer, la protección de éstas deberá expandirse frente a todo posible agresor de su integridad y su dignidad, y no exclusivamente frente a sus parejas. Es por ello que, si bien debe existir una legislación específica para asegurar la protección de la mujer ante actos violentos, ésta debe de hacerse mediante un mecanismo diferente al que se creó con la Ley Orgánica 1/2004.

La forma en la que debería llevarse a cabo la protección de la mujer frente a actos violentos pasan por **eliminar el trato distinto por cuestión de género** que dan los artículos 148, 153.1, 171.4º y 172. 1º del Código Penal, ya que toda disposición debería prever idénticas consecuencias penales para todo ciudadano, independiente de su género, raza, religión o cualquier otra circunstancia más allá de exclusivamente los hechos cometidos. A su vez, los actos penales en cuya motivación existan circunstancias que se hagan valer de la histórica dominación socio-cultural del hombre sobre la mujer, deberán llevar implícitos una **circunstancia agravante por cuestión de género**, tal y como se prevé en el artículo 22 del Código Penal.

Esta mayor gravedad de la pena deberá aplicarse siempre que cualquier persona – varón o no- atente contra la dignidad de una mujer por el hecho de que ésta sea una mujer, independientemente de que ésta sea su cónyuge, pareja de hecho, madre, hermana, compañera o simple conocida. Cualquier acto reiterado que suponga un menosprecio hacia la mujer por la visión de ésta como ser inferior, de mayor debilidad, sin independencia o como propiedad de un varón debe ser visto como un vestigio de una

cultura ya superada, y que por ello debe merecer un trato, y un castigo, especialmente grave. Independientemente de quién lo realice y las circunstancias en que se provoque.

Esta circunstancia agravante no sólo mejoraría el tratamiento penal de los delitos con circunstancias de género que modificó la Ley Orgánica 1/2004, sino que además sería aplicable en otro tipos de delito, como el de homicidio o los referentes a agresiones sexuales, frecuentemente sufridos por mujeres por el mero hecho de serlo y como consecuencia del abuso de poder de un hombre; delitos acerca de los cuales la Ley Integral no da ningún tipo de respuesta, por lo que parece que no los considera como un problema de género.

También debe tomarse conciencia, para alcanzar un verdadero estado de igualdad, de que el hecho de que exista un órgano judicial cuya protección sólo atienda a mujeres, como son los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, es un ejemplo de esta visión colectiva de la mujer como ser especialmente vulnerable y que merece de una sobreprotección. Valores completamente contrarios a los defendidos históricamente por el feminismo, por lo que su existencia en una sociedad donde exista una igualdad real es completamente contradictoria. Por ello, **los Juzgados de Violencia deberían tener competencia sobre todos los delitos que ocurran en la intimidad del domicilio**, como consecuencia de una relación sentimental o familiar, independientemente del sexo de la víctima y del agresor.

Sólo mediante estas medidas conseguiríamos un sistema que favoreciera la igualdad real entre géneros, un valor que debería basar la vida en sociedad. Y es que debemos recordar que el tan deseado estado de igualdad total sólo podrá lograrse a través de la **educación** de los más jóvenes, que son quienes mejor entienden la inexistencia de diferencias de género más allá de las biológicas. Pero para poder educar en una cultura de igualdad, debemos tener un sistema jurídico que no permita un trato desigualdad ante la Ley por el mero hecho de ser de un sexo o de otro.

Por ello, la Ley Orgánica de medidas de protección integral de la Violencia de Género ha sido un error a la hora de conseguir una situación de igualdad en nuestra sociedad, y el coste de luchar frente a la violencia doméstica a través de la sobreprotección de la mujer ha alejado, aunque pudiera parecer lo contrario para quienes no han profundizado en la cuestión, un enorme retroceso de la causa feminista en nuestro país.

## **VI. BIBLIOGRAFIA**

- **ACALE SÁNCHEZ, MARÍA:** “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal”, Editorial Reus, Madrid, 2006.
- **BILBAO BERSET, JUAN:** “La vis atractiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” ATELIER Libros Jurídicos, Barcelona 2014.
- **BUGALLO SÁNCHEZ, J.:** “Responsabilidad atenuada de la delincuente menstruante”, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935.
- **COLL-PLANAS, GERARD; GARCÍA-ROMERAL, GLORIA; MAÑAS-RODRÍGUEZ, CARMEN y NAVARRO VARAS, LARA:** “Cuestiones sin resolver en la Ley Integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género y entre violencia y agresión” en *Papers Revista de Sociología*, Nº 87, 2008.
- **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL:** “Informe Al Anteproyecto De Ley Orgánica Integral De Medidas Contra La Violencia Ejercida Sobre La Mujer”, Madrid, 24 de Junio de 2004.
- **DEL POZO PÉREZ, MARTA (dir):** “¿Podemos erradicar la violencia de género? Análisis, debate y propuestas”. Editorial Comares, Granada 2015.
- **FARALDO CABANO, PATRICIA (dir)** “Política criminal y reformas penales”, Tirant lo Blanch 2007.
- **GÓMEZ DE MAYA, JULIÁN:** “Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación española” en *Tesis Doctorales en Red*, Universidad de Murcia, 2011

- **LAURENZO COPELLO, PATRICIA:** “La Violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal” en *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, RECPC 07-08, 2005.
  
- **LLARAURI PIJOAN, ELENA.:** “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2009
  
- **MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA** (dir): “Régimen Jurídico de la Violencia de Género en Iberoamérica y España” Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2015.
  
- **MARLIES, CARDOEN:** “El Sistema Constitucional de Bélgica” (Traducción de Francisco Bombillar) en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 15, 2011.
  
- **MARTINEZ LEÓN, MERCEDES:** “Evolución legislativa de la violencia de género desde el punto de vista médico-legal en el marco normativo internacional y nacional” en *Revista de la escuela de Medicina Legal*, Junio 2010.
  
- **MIRANDA AVENA, CLAUDIA y MARTOS MARTINEZ, GONZALO:** “La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008 de 14 de mayo”, en *La Ley Penal, revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* (77).
  
- **MONEREO PEREZ, JOSE LUIS:** “La víctima de violencia de género y su modelo de protección social” Tirant lo Blanch, Valencia 2009.
  
- **MORILLAS CUEVA, LORENZO** (Coordinador): “Estudios Penales sobre violencia doméstica”, EDERSA, Madrid 2002.

- **MORONDO TARAMUNDO, DOLORES:** “Marco legal de la Igualdad: Bélgica, Canadá y Suecia” en *Jornadas de formación y consultoría para la igualdad entre mujeres y hombres*, Vitoria, 2004.
  
- **OSBORNE, RAQUEL** “De la violencia (de género) a las cifras de la violencia: una cuestión política” en *EMPIRIA: Revista de metodología de Ciencias Sociales* nº15, enero-junio 2008
  
- **PÉREZ FERNÁNDEZ, FRANCISCO y BERNABÉ CÁRDABA, BEATRIZ:** “Las denuncias falsas en casos de violencia de género: ¿mito o realidad?” en “*Anuario de Psicología Jurídica*” Vol. 22, 2012.
  
- **SANCHEZ CONDE, MIGUEL ANGEL:** “Cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 153.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *LA LEY*, 15 de julio de 2008, núm. 6989, año XXIX.
  
- **SEVILLA MERINO, JULIA:** “Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria” en *Colección de cuadernos feministas* nº. 4, del Instituto Universitario de Estudios de la Mujer de la Universitat de València. 2004.
  
- **TASENDE CALVO, JULIO:** “Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 664, 14 de abril de 2005.
  
- **VELA SÁNCHEZ, ANTONIO:** “Violencia de género en la pareja y daño moral: estudio doctrinal y jurisprudencial” Editorial Comares, Granada 2015.
  
- **VILLACAMPA ESTIARTE, C.:** “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, 2007